

PARADOXEN VAN HET CONSTITUTIONELE RECHT

Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann *

In het kader van de rechtsstaatsgedachte zijn de vrijheidsrechten en het gelijkheidsbeginsel of het verbod van discriminatie van essentiële betekenis. Beide hebben een lange historie, terug te voeren op denkers over staat en samenleving als Emmanuël Kant, John Locke en Jean-Jacques Rousseau. Zij zijn voor het eerst gepositieerd in de amendementen op de constitutie van de Verenigde Staten en in de Franse Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen van 1789. In "moderne" grondwetten als de Duitse, de Nederlandse, de Spaanse en de Arubaanse zijn deze (en andere) leidende beginselen vooraan opgenomen, wat hun betekenis in het constitutionele recht benadrukt.

Wat beoogde men oorspronkelijk met de positivering van (de) vrijheidsrechten en van het gelijkheidsbeginsel? Daarover zou een stevig boek te schrijven zijn, doch voor het thema van deze bijdrage is een globale beschouwing voldoende. Laat ik beginnen met een bespreking van de vrijheidsrechten.

De term zelf duidt reeds enigszins aan waartoe deze dienen. Zij beogen het bieden van een zekere garantie voor de vrijheid van individuen en groepen van individuen. Die vrijheid moest constitutioneel worden gegarandeerd, aanvankelijk tegenover de soevereine vorst, later tegen alle overheidsambten. De constitutie verlangt dat de overheid de individuen en de maatschappelijke verbanden een zekere mate van autonomie, van zelfbestemming laat, dat zij de onderdanen de mogelijkheid laat of verschaft om binnen het staatsverband de eigen waarden en ideeën te koesteren en deze tevens in woord en daad tot uitdrukking te brengen. Daarmee garanderen de vrijheidsrechten niet alleen een zekere sfeer, een omgeving voor de onderdaan waarin de overheid niet of slechts in beperkte mate mag penetreren - men denke aan het recht op privacy, aan het huisrecht, aan het brief-, telegraaf- en telefoongeheim. Ook maken zij het mogelijk dat er binnen het staatsverband een pluriforme samenleving in stand blijft, waarin iedereen zijn godsdienst mag koesteren en in de praktijk belijden, zijn mening in woord en geschrift kenbaar mag maken, mag vergaderen en zich mag verenigen, zelfs terwille van een op het eerste gezicht volkomen onnut of betekenisloos doel. De overheid, die als het ware van nature gericht is op expansie, totalitarisme en unificatie roept zichzelf door middel van de vrijheidsrechten een halt toe: zij laat differentiatie, pluriformiteit en tegendraadsheid van de onderdaan toe, hoe lastig en kostbaar dat voor diezelfde overheid vaak ook is.

Het gelijkheidsbeginsel is van een ander karakter. Het hangt nauw samen met het klassieke wetsbegrip, dat van de algemene, abstracte regel, waaraan ook de overheid is gebonden. Het keert zich tegen een overheid die op arbitraire of subjectieve gronden de ene onderdaan boven de ander zou bevoordelen; het keert zich aldus ook tegen dispensatie van wettelijke voorschriften en "Einzelfallgesetzgebung".

Het maakt de overheid als het ware blind: zij mag bij het opleggen van straffen en het toepassen van andere maatregelen alleen nagaan of er sprake is van een onder de regel vallende onderdaan. Zij mag daarbij niet bezien - althans in beginsel - of die onderdaan man of vrouw, blank of zwart, Limburger of Fries, Antilliaan of Europese Nederlander is. Weliswaar mag de overheid onderscheiden tussen gevallen die niet gelijk - maar wat is gelijk? - zijn, maar heeft zij eenmaal onderscheiden, dan is zij gehouden de onderdanen die in een bepaalde, onderscheiden categorie vallen gelijk, dat wil zeggen "blind" te behandelen. Het gelijkheidsbeginsel is een fundamenteel element van een constitutie, dat zich richt tegen arbitrair, willekeurig, subjectief optreden (of niet-optreden) door de overheid.

Het gelijkheidsbeginsel, in deze zin opgevat, versterkt in een bepaald opzicht ook de constitutionele aanspraak van de onderdaan op de uitoefening van zijn vrijheidsrechten. Immers, krachtens het gelijkheidsbeginsel kan iedere onderdaan, blank of zwart, oud of jong zich op de vrijheidsrechten beroepen. In beginsel gelden deze gelijklijk voor een ieder die zich op het territoir van een bepaalde staat bevindt. Daarmee is een eind gemaakt aan de vroegere situatie, die overigens her en der nog wel voorkomt, dat alleen bepaalde onderdanen hun godsdienst mochten belijden, het kiesrecht bezaten of in openbare functies benoembaar waren.

Met het voorgaande is het klassieke patroon van de vrijheidsrechten en van het gelijkheidsbeginsel geschetst. Beide typen normen beschermen in combinatie de onderdanen gelijklijk tegen een totalitaire, willekeurig optredende overheid. Het zijn normen die beogen de menselijke waardigheid en de persoonlijke autonomie zonder aanzien des persoons tegen de machthebber in bescherming te nemen.

Het is nu tijd toe te komen aan de beloofde paradoxen.

De laatste jaren zien we in een aantal westerse staten een nieuwe benadering van het gelijkheidsbeginsel en van de vrijheidsrechten ontstaan. Deze benadering heeft haar weerslag op de functie van beide - al dan niet in combinatie - in het rechtsbestel. Laat ik beginnen met het gelijkheidsbeginsel.

Wij zagen dat de klassieke functie ervan is de overheid te dwingen haar onderdanen gelijklijk te behandelen. Dit past volkomen bij het karakter van het constitutionele recht dat naar zijn aard betrekking heeft op relaties waarin de overheid partij is.

Steeds meer zien we echter dat de wetgeving en de jurisprudentie het beginsel gaan toepassen in zogenaamde horizontale verhoudingen, dat wil zeggen in relaties tussen burgers onderling. Zo is in Nederland een wet gelijke behandeling in voorbereiding die in vele gevallen, zoals bij het aanbieden van diensten, aanstellen van personeel en dergelijke, onderscheid naar geslacht en sexuele geaardheid verbiedt. Weliswaar bevat het voorstel een aantal uitzonderingen op het verbod, maar de reikwijdte is niet gering. In veel gevallen zal de onderdaan zich moeten gaan gedragen als ware hij de overheid. Hij zal zich, zoals die overheid, een blinddoek moeten voordoene in het maatschappelijk verkeer. Deze ontwikkeling kan, zeker als zij in scherpe vorm doorzet, leiden tot een merkwaardig en zorgwekkend gevolg voor de betekenis van de vrijheidsrechten in de samenleving en voor de civielrechtelijke contractsvrijheid. Wat dreigt er immers te gebeuren? Wij zagen dat de vrijheidsrechten gericht zijn op de bescherming van de menselijke autonomie. Dit betekent onder meer dat de mens vrij is in het maken van subjectieve keuzen, die primair gericht (mogen) zijn op het eigen belang of dat van anderen, zonder dat daarvoor een objectieve of algemeen geldende reden is aan te wijzen. Introductie van het gelijkheidsbeginsel in de relatie tussen de burgers onderling doet afbreuk aan deze vrijheid. Differentiatie, bewaren van eigen waarden en cultuur in gezin, werk, onderwijs, gezondheidszorg, maatschappelijk werk enz. dreigt te worden vervangen door een gelijkheidscultuur, die de waarde van de vrijheidsrechten ondermijnt. Laat ik een voorbeeld geven: krachtens het Nederlandse grondwetsartikel (art. 23) inzake de vrijheid van onderwijs is het bevoegd gezag van een instelling voor bijzonder onderwijs vrij in de aanstelling van hen die onderwijs geven. Dit ligt gezien het karakter van het vrijheidsrecht ook in de rede: een bijzondere school zal leerkrachten willen hebben die passen bij de doelstelling, de signatuur van de school. Mede daardoor onderscheidt zij zich van de openbare scholen en de bijzondere scholen van een andere signatuur. Dwingt men nu bij wet de bijzondere school te handelen volgens het gelijkheidsbeginsel, dan zal zij bij de aanstelling van leerkrachten geen onderscheid meer mogen maken naar bijvoorbeeld sexuele geaardheid of burgerlijke staat. Daardoor kan het vrijheidsrecht in de kern worden bedreigd. Terecht maakte de Raad van State dan ook ernstig bezwaar tegen de voorgestelde regeling op dit punt in het voorstel van wet gelijke behandeling. Gelijksortige overwegingen gelden met betrekking tot bijvoorbeeld ziekenhuizen en andere maatschappelijke instellingen op bijzondere grondslag. Zo zien we dat de oorspronkelijk versterkende functie van het gelijkheidsbeginsel voor de vrijheidsrechten dreigt om te slaan in een verzwakkende.

Een tweede verschijnsel van de laatste jaren met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel is dat van de positieve discriminatie of, zoals de Amerikanen het noemen, affirmative action.

Ondanks het feit dat de constitutie de overheid verbiedt onderscheid te maken op grond van godsdienst, levensovertuiging, ras, geslacht enz., is "de politiek" in meerderheid van oordeel dat men zo een onderscheid toch mag maken als het gaat om hulp aan zogeheten achtergestelde of minderheidsgroepen. Weliswaar stelt men daarbij dat dat slechts tijdelijk mag, doch wat is tijdelijk? Is niet alles in dit aardse leven tijdelijk, hoe lang ook? En hoe bepaalt men wat een achterstands- of minderheidsgroep is? Moet men daarvoor alleen de neuzen tellen, moet men de inkomens meten of de algemene ontwikkeling of de positie die men in de maatschappij inneemt? In Leiden heeft het gemeentebestuur ooit een puntenstelsel ontwikkeld. Hoe meer punten, hoe meer achterstand! Het zal duidelijk zijn dat een voortgezette ontwikkeling in deze richting ons zou terugbrengen naar de tijd dat de vorst soeverein bepaalde welke van zijn onderdanen hij bevoordelen of benadelen zou.

Tot slot moet de aandacht worden gericht op een ontwikkeling inzake de vrijheidsrechten die eveneens een paradox oplevert. Wij zagen dat de vrijheidsrechten in de klassieke opvatting afweerrechten tegen de overheid zijn. Deze moet zich geheel of gedeeltelijk buiten bepaalde aspecten van het maatschappelijk leven houden. Daarbinnen is de onderdaan vrij. In de wetgeving en de jurisprudentie is de laatste jaren echter een tendens waar te nemen die men zou kunnen aanduiden met de term socialiserende interpretatie van vrijheidsrechten. De overheid acht zich niet slechts verplicht tot het garanderen van een staatsvrije sfeer. Neen, zij gaat de onderdanen "helpen" van hun staatsvrije sfeer gebruik te maken, bijvoorbeeld door subsidiëring van de noodlijdende pers, of door extra faciliteiten voor het onderwijs aan minderheidsgroeperingen. Het merkwaardige van deze ontwikkeling is dat de klassieke vrijheidsrechten die de overheid juist buiten de voordeur van de onderdaan beoogden te houden, diezelfde overheid nu via de achterdeur weer binnenhalen. Want, bestaat er een "helpende" overheid die geen condities stelt bij de verleende hulp? Bovendien rijst ook hier het vraagstuk van het gelijkheidsbeginsel: wie moet wel, wie hoeft niet te worden geholpen? Zo zien wij de klassieke constitutionele beginselen bedreigd worden door de politiek die de onderdaan kennelijk beschouwt als een wezen dat (deels) niet zelfstandig in staat is zin en waarde te geven aan zijn leven.

Uit het voorgaande zal gebleken zijn dat de juridische betekenis van de klassieke vrijheidsrechten aan verandering onderhevig is. Zij beginnen trekken te krijgen van de zogeheten sociale grondrechten, die men kan kwalificeren als doelstellingen van overheidsbeleid. Een vergelijkbaar verschijnsel doet zich voor met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel. Deze ontwikkeling baart zorgen. De vrijheidsrechten gaan functioneren als legitimatie voor overheidsinterventie.

Het gelijkheidsbeginsel verliest zijn kracht als waarborg tegen willekeurige bevoordeling of benadeling. De overheid kiest, als ware zij Sinterklaas, de lieve en de stoute kinderen uit. Dat heet dan positieve discriminatie.

Het is tijd een verband te leggen tussen het voorgaande en de situatie op de Antillen en Aruba. De Staatsregeling van Aruba is op het gebied van de grondrechten een moderne grondwet. Hoofdstuk I bevat liefst 20 klassieke grondrechten, ontleend aan de Nederlandse Grondwet en de Europese Conventie. Daarnaast bevat het een gedetailleerder discriminatieverbod dan artikel 1 van de Nederlandse Grondwet. Sociale grondrechten ontbreken echter in hoofdstuk I. Daarmee vergelijkbare bepalingen zijn vervat in hoofdstuk V, dat handelt over wetgeving en bestuur. Bovendien moet worden gewezen op de in Nederland ontbrekende bepaling, artikel 1.22, dat de toetsingsbevoegdheid aan de klassieke grondrechten bevat. Deze opzet van de Arubaanse Staatsregeling maakt, veel beter dan de Nederlandse Grondwet, duidelijk dat men de afweerrechten goed moet onderscheiden van bepalingen die een aanspraak op actief optreden van de overheid verschaffen of die de overheid tot zodanig optreden verplichten. De afweerrechten staan voorop en zijn de in rechte te handhaven bepalingen. Dit op zich fraaie en moderne stelsel - had Nederland het maar - zou ondergraven worden als zich in wetgeving en jurisprudentie een ontwikkeling zou gaan voordoen als hiervoor beschreven. Het grondwetssystematisch stelsel zou teloor gaan, de rechter zou zich materieel een sociaaleconomische rol gaan aanmeten. Daarvoor is hij niet voldoende geëquipeerd.

De Antillen bezitten nog steeds een Staatsregeling die qua grondrechten geënt is op de Nederlandse Grondwet zoals die luidde voor 1983. Sociale grondrechten komen er nauwelijks in voor. Het is een tekst die vooral de klassieke rechtsstaatsidee tot uitdrukking brengt. Het verdient de voorkeur daarbij te blijven. Mocht men een nieuwe staatsregeling tot stand brengen, dan ware eerder het voorbeeld van Aruba dan dat van Nederland te volgen. Dan doet men tenminste een poging de bovenbeschreven paradoxen te vermijden.

* Deze bijdrage is een bewerking van een college gegeven aan de Universiteit van Aruba op 30 januari 1991.